

**TRIBUNAL ADMINISTRATIF
DE NOUVELLE CALEDONIE**

N°1700409

Société Auclair-Dupont Conseil en entreprises

M. Gueguein
Rapporteur

M. Schnoering
Rapporteur public

Audience du 8 mars 2018
Lecture du 29 mars 2018

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

Le Tribunal administratif
de Nouvelle-Calédonie

Vu la procédure suivante :

Par une requête, enregistrée le 24 novembre 2017, et des mémoires complémentaires enregistrés le 27 décembre 2017 et le 22 février 2018, la société Auclair-Dupont Conseil en entreprises, venant aux droits de la société CEOS, représentée par le cabinet Plaisant, avocat, demande au tribunal :

1°) d'ordonner la communication du marché public conclu par la commune de Nouméa avec la société Institut Management et Coaching et l'offre de cette société ;

2°) de condamner la commune de Nouméa à lui verser la somme de 7 982 000 francs CFP en réparation du manque à gagner subi ;

3°) de mettre la somme de 350 000 francs CFP à la charge de la commune de Nouméa au titre des frais non-compris dans les dépens.

La société Auclair-Dupont Conseil en entreprises soutient que :

- la commune a lancé une procédure de gré à gré pour attribuer un marché d'un montant nécessairement inférieur à 20 millions de francs CFP ; l'offre finalement retenue est d'une valeur de 29 284 660 francs CFP ; la commune aurait dû avoir recours à une procédure ouverte ;

- les demandes d'explications sur son offre ne précisaient pas que la commune regardait son offre comme anormalement basse ; elle a donc été irrégulièrement écartée ;

- en indiquant qu'elle mettait en œuvre une procédure spécifique au marché d'un montant de vingt millions de francs, la commune l'a induite en erreur quant à la teneur de la prestation attendue ;

- la proximité du montant de l'offre retenue avec l'estimation de la commune laisse à penser qu'une fuite de cette estimation a eu lieu ;

- elle aurait dû se voir attribuer le marché ; la commune doit l'indemniser de son manque à gagner.

Par un mémoire en défense, enregistré le 30 janvier 2018, la commune de Nouméa conclut au rejet de la requête.

La commune soutient que :

- les conclusions tendant à ce qu'il lui soit enjoint de communiquer des documents administratifs sont irrecevables à défaut de demande préalable et de saisine de la CADA ;
- le moyen tiré de la proximité de l'offre du candidat retenu avec l'estimation de la commune n'est pas assorti de moyen de droit ou de fait ;
- les griefs contre la procédure ne sont pas fondés ;
- les conclusions indemnitaires devront être rejetées dès lors que la société requérante ne pouvait se voir attribuer le marché, son offre était anormalement basse et ne répondait pas réellement aux attentes en matière de valeur technique ; la société a tenté d'être la moins disante en sacrifiant la qualité des prestations.

Un mémoire présenté pour la commune de Nouméa a été enregistré le 1^{er} mars 2018.

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu :

- la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 modifiée relative à la Nouvelle-Calédonie ;
- le code des relations entre le public et l'administration ;
- la délibération n° 136/CP du 1er mars 1967 portant réglementation des marchés publics ;
- le code de justice administrative dans sa version applicable en Nouvelle-Calédonie.

Les parties ayant été régulièrement averties du jour de l'audience ;

Après avoir entendu au cours de l'audience publique du 8 mars 2018 ;

- le rapport de M. Gueguein ;
- et les conclusions de M. Schnoering, rapporteur public ;
- les observations de Me Plaisant, avocate de la société Auclair Dupont et de Mme Nguyen, représentante de la commune de Nouméa.

Considérant ce qui suit :

1. La société Auclair-Dupont conseil en entreprises, qui vient aux droits de la société CEOS avec laquelle elle a fusionné, candidate malheureuse à l'attribution du marché 98.218.2017.S032 de la commune de Nouméa, dont l'avis d'attribution a été publié le 25 septembre 2017, demande au tribunal d'ordonner la communication du marché public conclu avec la société Institut Management et Coaching et de l'offre de cette société, et la condamnation de la commune de Nouméa à lui verser la somme de 7 982 000 francs CFP en réparation du manque à gagner subi.

2. Indépendamment des actions dont disposent les parties à un contrat administratif et des actions ouvertes devant le juge de l'excès de pouvoir contre les clauses réglementaires d'un contrat ou devant le juge du référé contractuel sur le fondement des articles L. 551-13 et suivants du code de justice administrative, tout tiers à un contrat administratif susceptible d'être lésé dans ses intérêts de façon suffisamment directe et certaine par sa passation ou ses clauses est recevable à former devant le juge du contrat un recours de pleine juridiction contestant la validité du contrat ou de certaines de ses clauses non réglementaires qui en sont divisibles. Cette action devant le juge du contrat est également ouverte aux membres de l'organe délibérant de la collectivité territoriale ou du groupement de collectivités territoriales concerné ainsi qu'au représentant de l'Etat dans le département dans l'exercice du contrôle de légalité. Si le représentant de l'Etat dans le département et les membres de l'organe délibérant de la collectivité territoriale ou du groupement de collectivités territoriales concerné, compte tenu des intérêts dont ils ont la charge, peuvent invoquer tout moyen à l'appui du recours ainsi défini, les autres tiers ne peuvent invoquer que des vices en rapport direct avec l'intérêt lésé dont ils se prévalent ou ceux d'une gravité telle que le juge devrait les relever d'office.

3. Saisi ainsi par un tiers dans les conditions définies ci-dessus, de conclusions contestant la validité du contrat ou de certaines de ses clauses, il appartient au juge du contrat, après avoir vérifié que l'auteur du recours autre que le représentant de l'Etat dans le département ou qu'un membre de l'organe délibérant de la collectivité territoriale ou du groupement de collectivités territoriales concerné se prévaut d'un intérêt susceptible d'être lésé de façon suffisamment directe et certaine et que les irrégularités qu'il critique sont de celles qu'il peut utilement invoquer, lorsqu'il constate l'existence de vices entachant la validité du contrat, d'en apprécier l'importance et les conséquences. Ainsi, il lui revient, après avoir pris en considération la nature de ces vices, soit de décider que la poursuite de l'exécution du contrat est possible, soit d'inviter les parties à prendre des mesures de régularisation dans un délai qu'il fixe, sauf à résilier ou résoudre le contrat. En présence d'irrégularités qui ne peuvent être couvertes par une mesure de régularisation et qui ne permettent pas la poursuite de l'exécution du contrat, il lui revient de prononcer, le cas échéant avec un effet différé, après avoir vérifié que sa décision ne portera pas une atteinte excessive à l'intérêt général, soit la résiliation du contrat, soit, si le contrat a un contenu illicite ou s'il se trouve affecté d'un vice de consentement ou de tout autre vice d'une particulière gravité que le juge doit ainsi relever d'office, l'annulation totale ou partielle de celui-ci. Il peut enfin, s'il en est saisi, faire droit, y compris lorsqu'il invite les parties à prendre des mesures de régularisation, à des conclusions tendant à l'indemnisation du préjudice découlant de l'atteinte à des droits lésés.

4. Il résulte de l'instruction que le 18 mai 2017, la commune de Nouméa a publié un avis d'appel à la concurrence pour la passation d'un marché de prestations de formations : parcours du manager, selon la procédure du marché de gré à gré. La société Auclair-Dupont conseil en entreprises s'est portée candidate à l'attribution de ce marché mais a vu son offre rejetée.

Sur les fins de non-recevoir :

5. Il n'est pas contesté que préalablement à l'introduction du présent recours, la société Auclair-Dupont a uniquement demandé à la commune de Nouméa de lui communiquer les procès-verbaux de la commission d'appel d'offres relatifs à l'attribution du marché en litige et n'a à aucun moment sollicité la communication du marché ou de l'offre du candidat retenu ni saisi la commission d'accès aux documents administratifs.

6. Par conséquent, la commune est fondée à soutenir que les conclusions tendant à lui ordonner de communiquer des documents administratifs, soit le marché signé et l'offre du

candidat retenu, sont irrecevables à défaut de décision préalable de sa part et de satisfaction à l'obligation de recours préalable obligatoire devant la commission d'accès aux documents administratifs prévu par les dispositions de l'article L. 342-1 du code des relations entre le public et l'administration.

Sur le fond :

7. Aux termes de l'article 1^{er} de la délibération du 1^{er} mars 1967 susvisée : « *Toute dépense publique se rapportant à un objet unique nettement déterminé, dont la fourniture ou l'exécution est assurée ... aux communes de Nouvelle-Calédonie et à leurs établissements publics par une personne physique ou morale doit donner lieu à un marché soumis aux règles fixées ci-après, sauf dispositions contraires prévues par délibération du congrès dès lors que son montant excède 20.000.000 F CFP....* ». Aux termes de l'article 34 de cette délibération du 1^{er} mars 1967 susvisée : « *Les marchés sont dits de "gré à gré" lorsque l'autorité compétente de la collectivité ou de l'établissement public engage sans formalité, les discussions qui lui paraissent utiles et attribue ensuite librement le marché au candidat qu'elle a retenu. L'autorité compétente est tenue de mettre en compétition, par une consultation écrite ou dématérialisée au moins sommaire, les candidats susceptibles d'exécuter un tel marché* ». Aux termes de l'article 35 de cette délibération : « *Il ne peut être passé de marché de gré à gré que dans les cas suivants : ... 9°) - Pour les travaux, fournitures ou services dont la valeur pour le montant total de l'opération, s'établit entre 20.000.000 F CFP et 40.000.000 F CFP, après consultation de la commission prévue à l'article 13-1. / Pour des prestations dont le montant n'atteint pas le seuil fixé à l'article 1^{er}, l'administration peut, si elle l'estime préférable, passer, sans mise en concurrence, un marché de gré à gré. / La passation d'un marché de gré à gré de travaux d'un montant supérieur à 60 millions ou d'un marché de gré à gré de fournitures ou de services d'un montant supérieur à 40 millions est subordonné à l'avis préalable de la commission prévue à l'article 13-1* ».

8. Il résulte de l'instruction que la société requérante a interprété le recours par la commune à une procédure ouverte de gré à gré comme impliquant nécessairement que le montant total de son offre ne pouvait excéder 20 millions de francs CFP.

9. La commune, qui n'était pas informée de ce parti pris dans l'élaboration de l'offre de ce candidat, est fondée à soutenir qu'il a commis une grave erreur, dès lors que son estimation du marché était de 30 millions de francs. Compte tenu du montant de l'offre, soit 12 290 000 francs CFP, qui présente un écart de 59 % par rapport à l'estimation de la commune et de 41 % avec la moyenne arithmétique des offres des autres candidats, la commune a présenté deux demandes de précisions à la société Auclair-Dupont conseil en entreprises quant à la teneur de son offre.

10. La circonstance que ces demandes ne mentionnaient pas leur inscription dans le cadre de la procédure afférente aux offres anormalement basses prévue par les dispositions de l'article 27-2 de la délibération du 1^{er} mars 1967 susvisée est sans influence sur le fait que l'offre de cette société, compte-tenu de son montant et de l'erreur commise quant au montant maximal autorisé du marché à conclure, était sous-évaluée et de nature à compromettre la bonne exécution du marché. Dans ces conditions, et alors qu'aucun élément ne vient contredire la commune sur la très faible valeur technique de l'offre de la société requérante, cette dernière, qui n'a présenté que des conclusions à fin d'indemnisation, n'avait aucune chance sérieuse de se voir attribuer le marché et n'est par conséquent pas fondée à demander que la commune de Nouméa soit condamnée à lui verser la somme de 7 982 000 francs CFP au titre du manque à gagner subi.

Sur l'application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative :

11. Aux termes de l'article L. 761-1 du code de justice administrative : « *Dans toutes les instances, le juge condamne la partie tenue aux dépens ou, à défaut, la partie perdante, à payer à l'autre partie la somme qu'il détermine, au titre des frais exposés et non compris dans les dépens. Le juge tient compte de l'équité ou de la situation économique de la partie condamnée. Il peut, même d'office, pour des raisons tirées des mêmes considérations, dire qu'il n'y a pas lieu à cette condamnation* ».

12. Ces dispositions font obstacle aux conclusions dirigées contre la commune de Nouméa qui n'est pas, dans la présente instance, la partie perdante.

DECIDE :

Article 1^{er} : La requête de la société Auclair-Dupont conseil en entreprises est rejetée.